Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG und das materielle Arbeitsschutzrecht

Wolfhard Kohte 12.09.2018
Hamburg

Gliederung

- I. Grundlagen
- II. Das Beispiel des „krawattenfreien Arbeitsschutzes“ und weitere Konkretisierungen
- IV. Mitbestimmung bei Organisationspflichten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG
- V. Mitbestimmung zur Regelung von Gefährdungsbeurteilungen und Unterweisungen
- VI. Mitbestimmung bei Handlungspflichten nach § 3 Abs. 1 ArbSchG

Betriebsorientierung des Unionsrechts - 1

- Grundlegende Verantwortung für Sicherheit und Gesundheitsschutz im Betrieb: Aufgabe des Arbeitgebers
- Konsequenz: nicht nur Umsetzung von Vorschriften, sondern eigenständige Gefährdungsbeurteilung und Formulierung eines eigenen Arbeitsschutzprogramms und Einrichtung einer konkreten betrieblichen Arbeitsschutzorganisation, präventive betriebliche Gestaltung.

Beteiligung

Es ist erforderlich, die Unterrichtung, den Dialog und die ausgewogene Zusammenarbeit im Bereich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz zwischen den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern bzw. ihren Vertretern durch geeignete Verfahren und Instrumente entsprechend den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken auszuweiten.

Erwägungsgrund 12 der RL 89/391/EWG

Beteiligung und Mitbestimmung
Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (I)

- Normzweck: „Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden, die Rahmenvorschriften konkretisieren. Hierdurch soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes erreicht werden. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen“, BAG 30.9.2014 – 1 ABR 106/12, NZA 2015, 314; stRspr seit BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, Rn 57; NZA 2002, 995; vgl. Kohte AuR 1984, 263, 272.

Beteiligung und Mitbestimmung
Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (II)

Das Mitbestimmungsrecht setzt nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des BAG voraus:

- Gesetzliche Handlungspflicht
- Betrieblicher Handlungsspielraum
- Arbeits- und Gesundheitsschutz als Schutzzweck der gesetzlichen Handlungspflicht
- Beachtung des vorgegebenen Schutzniveaus
- „Regelungen“ als Gegenstand des Mitbestimmungsrechts
- **Nicht erforderlich** ist, dass
  - die gesetzliche Handlungspflicht unmittelbar dem Arbeits- und Gesundheitsschutz dient (sog. „Sachvorschriften“)
  - der Arbeitgeber subjektiv Regelungsbereitschaft zeigt

Beteiligung und Mitbestimmung
Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (III)

Doppelfunktion gesetzlicher Regelungen bei § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

- Sperrwirkung gesetzlicher Bestimmungen im Eingangssatz, z.B. BAG 15.04.2014 1 ABR 82/12 NZA 2014, 1094 und BAG 08.12.2015 – 1 ABR 83/13, NZA 2016, 504 zu § 11 ASiG
- Regelungen zur Konkretisierung des gesetzlichen Rahmens des Arbeitsschutzrechts, z.B. BAG NZA 2017, 1615:
- Beispielfall: **„Krawattenfreier Arbeitsschutz“**
- Für den Betrieb der Postbank in Stuttgart beschließt die Einigungsstelle, dass bei einer Raumtemperatur ab 30 Grad die Krawatte abgelegt werden kann , obgleich eine Dienstbekleidungsordnung für das gesamte Unternehmen vereinbart ist. Das BAG bestätigt in Übereinstimmung mit dem LAG BW den Spruch, weil hier eine konkrete Regelung zum Gesundheitsschutz erfolgt ist, für die der örtliche Betriebsrat zuständig ist, zur Vertiefung Oberberg/Hien NZA 2018, 18
-

Normstruktur des Arbeitsschutzrechts

Mehrstufige Konkretisierung normativer Pflichten

- Gesetzliche Grundnorm z. B. § 3 ArbSchG
- Verordnungsrechtliche Grundnorm , z.B. § 3 a ArbStättV
- Konkretisierung durch den Anhang zu § 3 a ArbStättV, z.B. 3.5: Verpflichtung zur Gewährleistung gesundheitlich zuträglicher Raumtemperatur
- Wenn mehrere Regelungen möglich sind, ist für die Auswahl § 4 ArbSchG maßgeblich

Weitere Konkretisierung durch gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse, die keine Normen darstellen

- Arbeitsstättenregeln, z.B. ASR. 3.5
- Regeln der Unfallversicherung, z.B. DGUV – Information 215 – 444, Sonnenschutz im Büro

Konkretisierungsschritte in den ASR A 3.5

Gefährdungsstufen: 26 Grad, 30 Grad, 35 Grad

Variationsstufen je nach Arbeitsschwere

Maßnahmenstufen:

- Arbeitsplatzbezogene **technische** Maßnahmen
  - Verhinderung übermäßiger Sonneneinstrahlung durch Jalousien

- **Organisatorische** Maßnahmen
  - Lüftung während der Nacht
  - Verschiebung der Arbeitszeiten
  - Arbeitsbezogene Kurzpausen

- **Personenbezogene** Maßnahmen
  - Lockerung der Bekleidungsregelungen
  - Bereitstellung kühler Getränke

  Zur Vertiefung Kohte/Faber JurisPR-ArbR 19/2014 Anm.5

Herbeiführung eines arbeitsschutzrechtskonformen Arbeitsplatzes als Präventionsprozess

z. B. Manuelle Handhabung schwerer Lasten und Arbeitsschutzrecht

- Gefährdungsbeurteilung
  - Manuelle Lastenhandhabung insbes. durch technische Schutzmaßnahmenahmen vermeidbar?
  - Maßnahmen zur Verminderung der Gefährdung durch manuelle Lastenhandhabung?
    - Reduzierung der Lastgewichte?
    - Effektivierung des Körperkrafteinsatzes durch technische Hilfen?
    - Verringerung von Zeitdruck
    - Zusätzliche Personen hinzuziehen für Lastenhandhabung?
    - Möglichkeit des Tätigkeitswechsels?
  - Unterweisung?
  - Vgl. Sachverhalte BAG NZA 2001, 1020; DB 2008, 189;
  - LAG Köln 08.09.2008 – 5 Sa 618/09 – AiB 2009, 385

Herbeiführung eines arbeitsschutzrechtskonformen Arbeitsplatzes durch Regelungen nach § 87 I 7 BetrVG

z.B. Lärmminderung bei Lärm unter 85 dB (A); vgl. Anh. 3.7. ArbStättV

- Gefährdungsbeurteilung
  - Reduzierung der Lärmemission am Entstehungsort?
  - Änderung der Arbeitsverfahren?
  - Maßnahmen der Raumschallminderung, z.B. technische Abschirmung oder Kapselung oder raumakustische Maßnahmen?
  - Arbeitsorganisatorische Maßnahmen zur Lärmminderung, z.B. Lärmpausen
  - auf allen Stufen individueller Gehörschutz als sekundäre Ergänzung?

- Erstellung eines Maßnahmenprogramms zur Festlegung technischer und organisatorischer Maßnahmen (§ 7 Abs. 5 Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung)
- Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse TRLV Lärm und ASR A 3.7

. Zum aktiven Lärmschutz EuGH NZA 2011, 967 (Barcenilla Fernandez) – Natursteinindustrie Kohte RdJB 2008, 198 ff - Lärmschutz in der Schule – www.fluesterndesklassenzimmer.de

Herbeiführung einer arbeitsschutzrechtskonformen Arbeitsstätte durch Regelungen nach § 87 I 7 BetrVG

- Raumplanung oder Raumveränderung im Call-Center unter Nutzung der Anforderungen in der ArbStättV und der ASR 1.2.
- Materielle Regelungen im Callcenter nach § 87 I 7 BetrVG: LAG Rostock 9.3.2010 – 5 TaBVGa 6/09 - Kohte/Faber jurisPraxis-Report 45/2011 Anm. 6.
- Desk Sharing, psychische Belastungen und rechtzeitige Gefährdungsbeurteilung: LAG Düsseldorf 9.1.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, 368 m. Anm. Kohte

Mitbestimmung bei Organisationspflichten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG- 1

Ein Hamburger Arbeitgeber ordnet ohne Beteiligung des Betriebsrats an, dass die Meister die Verantwortung über den Arbeitsschutz nach § 13 Abs. 2 ArbSchG erhalten.

Betriebsrat beantragt Feststellung der Mitbestimmungspflicht dieser Anordnung mit Erfolg am
LAG und BAG: 18.03.2014 – 1 ABR 73/12 – Kohte, JurisPR-ArbR 37/2014 Anm. 1.

Gesetzliche Handlungspflicht: § 3 Abs. 2 ArbSchG.
Betrieblicher Handlungsspielraum: es bestehen unterschiedliche Organisationsmöglichkeiten, dazu GDA-Leitlinie zur Organisation des Arbeitsschutzes, www.gda-portal.de

Anordnung in diesem Fall: generelle Regelung für alle Meister - anders individuelle Bestellung eines konkreten Angestellten als „Einzelmaßnahme“ - dazu z. B. BAG 30.09.2014 – 1 ABR 106/12.

Mitbestimmung bei Organisationspflichten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG - 2

Arbeitgeber will zwei freiberufliche Betriebsärzte bestellen, informiert den BR und beruft sich auf sein Letztentscheidungsrecht nach § 9 Abs. 3 S. 3 ASiG. Der Betriebsrat beruft sich mit Erfolg auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG – BAG 10.04.1979 – 1 ABR 34/77, NJW 1979, 2362 = AiB 1990, 517.

Gesetzliche Handlungspflicht: Bestellungspflicht nach §§ 3 Abs. 2 ArbSchG iVm 2, 5 ASiG.
Betrieblicher Handlungsspielraum: Die drei Varianten des § 9 ASiG.

Wahl der jeweiligen Variante ist mitbestimmungspflichtig, volle Mitbestimmung bei der Bestellung ist in § 9 Abs. 3 ASiG nur in der ersten Variante gegeben.

Mitbestimmung bei den Varianten der DGUV Vorschrift 2: LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07.07.2016, 21 TaBV 195/16 , dazu Kohte JurisPR-ArbR 35/2018 Anm. 3

Ebenso Mitbestimmung bei der Grundentscheidung, in welchem Verfahren und für welche Bereiche Sicherheitsbeauftragte nach § 22 SGB VII bestellt werden, dazu HaKo – ArbSchR/Kohte § 22 SGB VII Rn. 23 f.

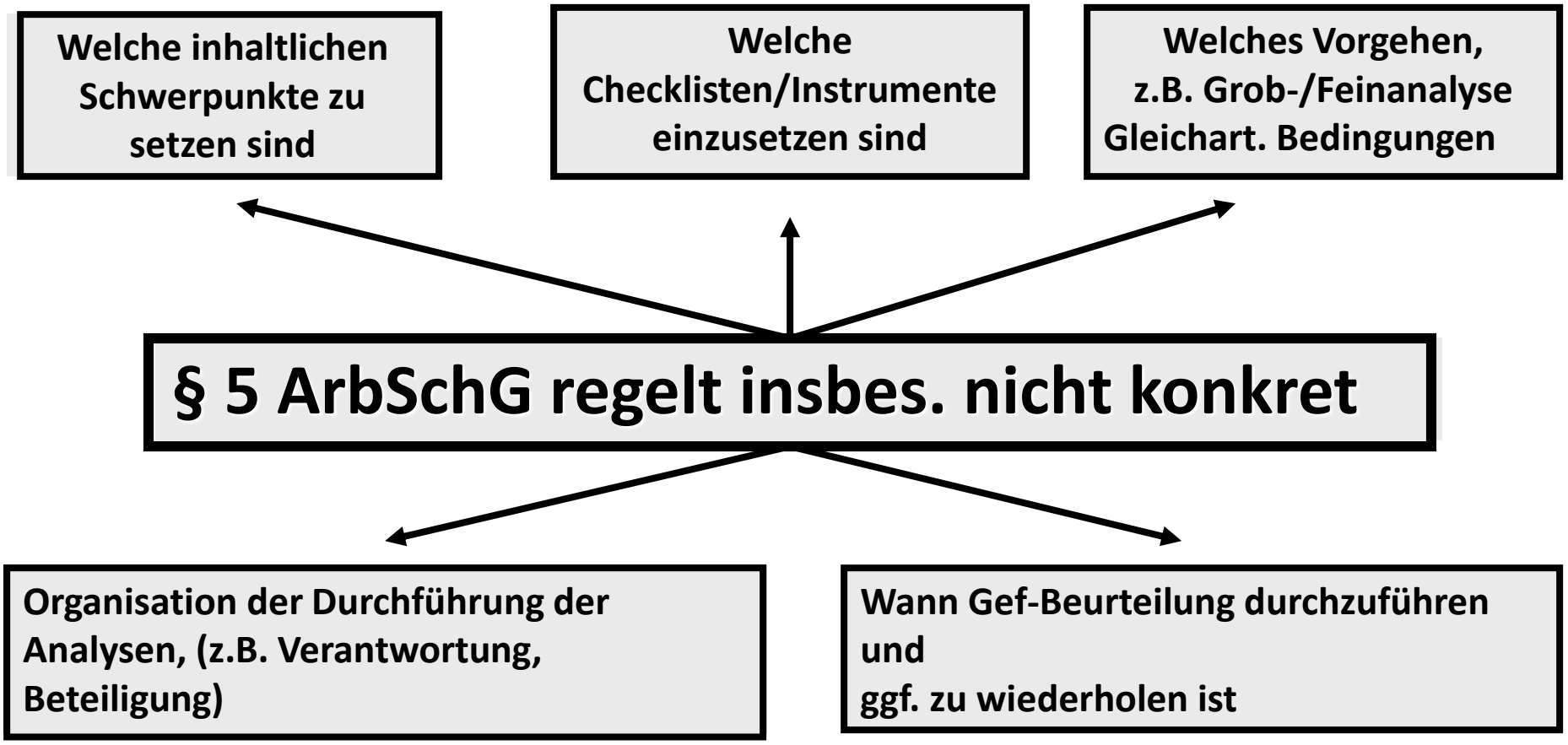
Mitbestimmung bei Organisationspflichten nach § 3 Abs. 2 ArbSchG - 3

Eine Arbeitgeberin des Einzelhandels hat mit Zustimmung des Gesamtbetriebsrats nur einen Arbeitsschutzausschuss auf Unternehmensebene gebildet. Das ist problematisch, denn der Arbeitsschutzausschuss ist im Gesetz als betriebliches Organ konzipiert – BSGE 50, 107. Daher verlangt der Stuttgarter Betriebsrat, dass für den Betrieb Stuttgart ein Arbeitsschutzausschuss gebildet wird und beruft sich auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Damit scheiterte er in allen drei Instanzen. (BAG 15.04.2014 1 ABR 82/12 NZA 2014, 1094.)

Gesetzliche Handlungspflicht ergibt sich unproblematisch aus § 11 ASiG. Aber wo liegt die Regelung? Betriebsrat verlangt Durchführung des Gesetzes. Das ist keine Regelung, BAG verweist auf Überwachung durch die Aufsicht nach § 12 ASiG.

Die Aussage des BAG ist zutreffend, greift aber zu kurz. Auch bei der Bildung des ASA bestehen Regelungsspielräume, denn Zusammensetzung des ASA ist im Gesetz nur lückenhaft geregelt. Beteiligung von Sicherheitsbeauftragten, Umweltbeauftragten, Jugend- und Auszubildendenvertretung ist ebenso offen wie die Zahl der Sicherheitsfachkräfte im ASA. Regelungsbedürftig ist auch das Bestellungs- und Auswahlverfahren. Ein solcher Antrag könnte nach meiner Ansicht auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gestützt werden (HaKo ArbSchR/Kohte § 11 ASiG Rn. 22.

Die Regelung der Gefährdungsbeurteilung als zu konkretisierende betriebliche Aufgabe (§ 87 I 7 BetrVG – BAG 8.6.2004 – 1 ABR 4/03)



Mitbestimmungspflichtige Regelungen zur Konkretisierung von § 5 ArbSchG

- Nach welchen **Methoden** werden die Gefährdungen ermittelt und beurteilt?
- Welche **Prioritäten** und Rangfolgen werden im Betrieb gesetzt? Gibt es vorrangige Schwerpunkte? Sollen **Grob- und/oder Feinanalysen** durchgeführt werden?
- Wie und **von wem** werden die notwendigen Informationen beschafft? Wie werden die **Vorgesetzten** in die Gefährdungsbeurteilung einbezogen?
- Wie werden die Beschäftigten einbezogen? Finden systematische **Befragungen der Beschäftigten** statt? Wenn ja, nach welchen Listen bzw. **Fragebögen?**
- Wie soll bei neuen Arbeitsplätzen bzw. bei **Beschaffung neuer Arbeitsmittel** oder Änderungen der Arbeitsplätze verfahren und die Vorgabe von **§§ 4 BetrSichV, 3 Abs. 3 ArbStättV** eingehalten werden?
- Wie soll die **Überprüfung der Wirksamkeit** (§ 3 Abs. 1 S. 2 ArbSchG) realisiert werden?
- Zur Vertiefung: GDA-Leitlinie zur Gefährdungsbeurteilung, www.gda-portal

Vollständigkeit der Regelung?

- BAG verlangt konkrete und die sich stellenden Probleme lösende vollständige Regelung im Spruch der Einigungsstelle. Daher ist Einigungsstellenspruch zu Feinanalysen unwirksam, wenn die von den Beteiligten als notwendig qualifizierten Grobanalysen noch fehlen.

  BAG 11.02.2014 – 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989.

  Vollständigkeit der GB in der Praxis problematisch, zu prüfen daher Teilbeschlüsse und Verfahrensregelungen.

  Zur Vertiefung: Velikova/Hummel/Kummert, FS für Kohte, 2016, S. 453, 468 ff

Mitbestimmung und Information / Unterweisung -1

- §§ 10, 12 ArbSchG und die Unterweisungsvorschriften der Verordnungen sind Vorschriften zum betrieblichen Gesundheitsschutz
  - § 10, 12 ArbSchG regeln die Information/Unterweisung nicht abschließend
  - Konkretisierung durch Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

    (BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, NZA 2004, 1175, 30.09.2014 – 1 ABR 106/12, NZA 2015, 314)

Mitbestimmung und Information / Unterweisung -2

- Nach welchen **Methoden** werden die Unterweisungen durchgeführt?
- Welche **Prioritäten** und Rangfolgen werden im Betrieb gesetzt? Gibt es vorrangige Schwerpunkte?
- Wie und **von wem** werden die notwendigen Informationen beschafft? Wie werden die **Vorgesetzten** für die Unterweisung qualifiziert? Welche Rolle spielen **Sicherheitsfachkräfte, Betriebsärzte** und **Sicherheitsbeauftragte**?
- Wie werden die Beschäftigten einbezogen? Finden systematische **Befragungen der Beschäftigten** statt?
- Wie soll bei neuen Arbeitsplätzen bzw. bei **Beschaffung neuer Arbeitsmittel** oder Änderungen der Arbeitsplätze verfahren werden?
- Erstmalige Unterweisung bei neuen Betriebsmitteln - § 12 BetrSichV
- **Wann** finden **Wiederholungsunterweisungen** statt?
- Wie findet die Verklammerung mit der Evaluation der Gefährdungsbeurteilung statt? Dazu Kohte, JurisPR-ArbR 48/2011 Anm. 1

Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse in TRGS 555

Mitbestimmung bei Handlungspflichten nach § 3 Abs. 1 ArbSchG - 1

Hitzeschutz auch bei Außenarbeit erforderlich – seit 1.1.2015 Berufskrankheit 5103 – „heller Hautkrebs“.

Im BK –Begutachtungsverfahren wurde festgestellt, dass zwischen 2005 und 2015 ca. 10.000 berufsbedingte Fälle von hellem Hautkrebs aufgetreten sind.

ABER: keine konkrete EG-Richtlinie und keine deutsche Verordnung zu natürlicher optischer Strahlung,

- Verweis im Normsetzungsverfahren auf RL 89/391/EWG und § 3 ArbSchG, dazu HK –ArbSchR/Volkmann OStrV Rn. 7 sowie Kohte, Gute Arbeit 8 – 9/2015 S. 34 ff.

Mitbestimmung bei Handlungspflichten nach § 3 Abs. 1 ArbSchG - 2

Prävention auch bei Außenarbeit erforderlich

Positionspapier
Prävention von Gesundheitsschäden durch solare Exposition Grundverständnis und Handlungsrahmen der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung, der Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau und der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) April 2015

Strukturierung nach den bekannten Kategorien

Technische Maßnahmen
- Nutzung von Sonnenschirmen

Organisatorische Maßnahmen
- Hitzepausen
- Verlagerung von Arbeitszeiten

Personelle Maßnahmen
- Schutzkleidung
- Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenz: konkrete Gefährdung der Beschäftigten, Mitbestimmung nach § 87 I 7 BetrVG – BAG 28.03.2017 – 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132

Mitbestimmung bei Handlungspflichten nach § 3 Abs. 1 ArbSchG - 3

Gesundheitliche Gefährdung auch möglich durch physische und psychische Überforderung, dazu BAuA, Psychische Gesundheit in der Arbeitswelt, 2017

Wichtiger Belastungsfaktor: Arbeitsintensität, S. 32 ff
Mögliche Ursache:

- möglicherweise zu wenig Beschäftigte bzw. zu viel Arbeit
- Spezifische Belastung bei Alleinarbeit, vor allem nachts

Denkbare Konsequenzen

- „aufgabenbezogene Schlüsselfaktoren qualitativ konkretisieren“, S. 124 ff
- Arbeitswissenschaftlich: Vorrang betrieblicher Konkretisierungen
- betriebsverfassungsrechtliche Besetzungsregeln

Spezifische Funktion von Besetzungsregeln -1

- Besetzungsregeln können dem Gesundheitsschutz dienen: „Schutz der Arbeitnehmer vor physischen und psychischen Belastungen durch Unterbesetzung oder fachliche Überforderung“ – BAG 17.06.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157; bestätigt durch LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 101
- Tarifliche Besetzungsregeln sind „aus sich selbst heraus“ durchsetzbar; für Betriebsräte ergibt sich daraus ein Widerspruchsrecht nach § 99 Abs.2 Nr.1 BetrVG, wenn tarifliche Regel nicht beachtet wird
- Betriebsverfassungsrechtliche Besetzungsregeln können zu den Organisationspflichten nach § 3 Abs.1 ArbSchG gehören (z.B. ausreichende Zahl von Wartungskräften im Störfallbetrieb); auch diese Regelung unterfällt § 87 Abs.1 Nr.7 BetrVG – zu restriktiv BAG 11.12.2012 – 1 ABR 81/11, NZA 2013, 752, zur Kritik Oberberg RdA 2015, 180; teilweise korrigiert durch BAG 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, NZA 2017, 1132

Spezifische Funktion von Besetzungsregeln -2

- Die Vorgabe einer Mindestbesetzung mit Pflegepersonal ist eine Maßnahme, mit der einer Gesundheitsgefährdung der eigenen Beschäftigten durch Überlastung begegnet werden kann, ArbG Kiel 27.7.2016 – 7 BV 67c/16 NZA-RR 2017, 539

- Anders: LAG Schleswig-Holstein 25.4.2018 – 6 TaBV 21/17: Der mit der Vorgabe einer Mindestbesetzung verbundene Eingriff in die nicht der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegende Personalplanung des Arbeitgebers ist nicht durch § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i. V. m.§ 3 Abs. 1 ArbSchG gerechtfertigt.

- Zur Vertiefung: Dahl BB 2018, 1972 ff

Spezifische Funktion von Besetzungsregeln -3

- Sperrwirkung von § 92 BetrVG?

Systematik des BetrVG: Beteiligungsrechte im sozialen und personellen Bereich bestehen nebeneinander, keine Beschränkung: BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 und zuletzt BAG 22.8.2017 - 1 ABR 4/16. NZA 2018, 191; vgl. auch LAG Hamm 26.02.2010 – 10 TaBV 103/09: Nebeneinander von Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 98 BetrVG beim betrieblichen E-Learning; ebenso zum Verhältnis von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und § 111 BetrVG: BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, NZA 1986, 432.